

El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un resumen

Autor: Carlos Gómez-Jara Díez

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM),
Abogado, Doctor Europeo en Derecho por la UAM

publicado em 29.10.2010

 [\[enviar este artículo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Introducción

Tras la publicación de diversos trabajos en los que se desarrollaban los fundamentos y consecuencias del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial,⁽¹⁾ se han publicado varias contribuciones en las cuales se inicia un diálogo crítico y constructivo con dicho modelo.⁽²⁾ Debido a la importancia coyuntural de la cuestión acerca del modelo más idóneo para introducir en la legislación española, en las líneas que siguen se procederá a debatir las críticas planteadas, para lo cual resulta obligada una breve descripción de los lineamientos generales tanto del delito empresarial como de la pena empresarial. Con ello no pretende significarse que se trata de una discusión cerrada – ni mucho menos – sino única y exclusivamente la importancia de la misma y la dirección, a juicio del autor, que debería tomarse.

Si bien resulta una obviedad, una exposición medianamente detallada de una teoría del delito y de la pena excede con mucho el margen disponible en el presente trabajo. Por ello, se espera que el lector pueda disculpar la apretada síntesis a la que se someterán conceptos jurídico-penales tan fundamentales como los aquí tratados en aras de una comprensión global de la posición adoptada y de los hitos básicos a los que responde. La réplica a diversas críticas que se han vertido tanto en los trabajos académicos antecitados como en intervenciones en seminarios académicos y profesionales tomará como base los lineamientos que se trazan previamente, por lo que se intentará sacrificar la exactitud de la exposición a favor de la claridad.

1 Una teoría del delito empresarial

1.1 El delito empresarial parte de una premisa fundamental: determinadas organizaciones empresariales alcanzan un nivel de complejidad tal que – al igual que ocurre con la psique del ser humano – comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación.⁽³⁾ Precisamente a partir de ahí, se establece el fundamento de la competencia de la persona jurídica sobre su propio ámbito organizativo. Es decir, el hecho de que determinadas personas jurídicas alcancen un determinado grado de autoorganización, comporta que sea legítimo desde el punto de vista del Derecho penal que se responsabilice a la empresa por las consecuencias que se derivan del ejercicio de su libertad autoorganizativa.⁽⁴⁾ En pocas palabras, el primer nivel de análisis de la teoría del delito empresarial es la capacidad de autoorganización de la persona jurídica – funcionalmente equivalente a la capacidad de acción de la persona física –.⁽⁵⁾

1.2 Por lo que se refiere a la **imputación objetiva**, no parece que se planteen, a primera vista, excesivos problemas, toda vez que tradicionalmente se ha considerado que las dificultades en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial venían dadas por la vertiente subjetiva, no la objetiva. En cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido.⁽⁶⁾ Brevemente se

puede indicar que un ámbito especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten conformar un “ciudadano empresarial medio” con una serie de deberes que superan, con mucho, las de un individuo concreto, sobre todo a la luz del fenómeno autorregulador anteriormente apuntado y a la imposibilidad del Estado en gestionar determinados riesgos modernos.

1.3 En cuanto a la vertiente de la imputación subjetiva – tradicionalmente la más problemática – el dolo/imprudencia empresarial se materializa en la existencia de un determinado **conocimiento organizativo del riesgo empresarial**. El topos del conocimiento organizativo (*organizational knowledge*) ha sido y es ampliamente estudiado en el ámbito de la teoría de la organización, y del mismo se pueden adquirir importantes perspectivas respecto de qué significa que una organización empresarial tenía/debía tener, en un momento concreto, un determinado conocimiento organizativo. En correspondencia con la aproximación teórico-sistémica a este topos, se coincidió con WILLKE, en que “el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas (...), **sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento**. Las vinculaciones mismas constituyen el conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización”.(7)

1.4 Pasando directamente al otro núcleo problemático, la culpabilidad empresarial se relaciona con tres elementos fundamentales: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma.(8) Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las organizaciones empresarial puedan generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho, que dicha cultura empresarial pueda cuestionar gravemente la vigencia de las normas del ordenamiento jurídico y que se esté reconociendo paulatinamente un mínimo de ciudadanía a la empresa en lo que a la libertad de expresión respecta – *corporate free speech* – conllevan que, en la sociedad moderna, la culpabilidad empresarial y la culpabilidad individual se muestren como funcionalmente equivalentes.

2 Una teoría de la pena empresarial

2.1 La posibilidad de compatibilizar el concepto de pena con la organización empresarial también ha constituido, sin duda, uno de los mayores escollos a la hora de institucionalizar la responsabilidad penal empresarial.(9) En este sentido, no son pocas las voces que se han alzado sosteniendo que, por un lado, la empresa, en sí, no tiene capacidad de sentir el “dolor” de la pena:(10) por otro lado, también se ha objetado con cierta asiduidad que al imponer una pena a la empresa se está castigando, en realidad, a los accionistas o a los miembros de la empresa.(11) Sin embargo, el hecho de que el concepto de pena se haya alejado cada vez más del dolor físico del condenado(12) y de que se haya constatado que organización empresarial se conforma como una entidad/sistema separado de dichos accionistas/miembros(13) contribuyen, sin duda, a replantearse el verdadero alcance de esta objeción.

2.2 Conforme a las líneas explicitadas anteriormente el modelo constructivista establece una estrecha relación entre los conceptos de culpabilidad y pena.(14) En este sentido, la culpabilidad, tanto en el Derecho penal empresarial como en el Derecho penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva – en concreto: en la **retribución comunicativa** –. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la **función** de contribuir – en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación – al reestablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como **prestación** el reforzar la fidelidad al Derecho. De esta manera, la intensa y actual discusión que existe en el Derecho penal individual en torno a la relación que se

establece entre culpabilidad y pena se extiende igualmente al Derecho penal empresarial, con el consiguiente beneficio – al menos conceptual – que supone poder hacer compatible una discusión del “núcleo duro” del Derecho penal moderno con la responsabilidad penal empresarial.

2.3 La opción de fundamentar la pena empresarial en una vertiente de la prevención general positiva no es una novedad. Son varios los autores que, de una u otra forma, han acudido a diversas variantes de esta teoría de la pena para fundamentar sus posiciones en esta materia.⁽¹⁵⁾ Lo que quizás aporta el modelo constructivista en este sentido es una “actualización” de esta opción, apoyándose en los avances experimentados por las ciencias de la comunicación.⁽¹⁶⁾ Por lo que a la **función** respecta, la pena tanto si se impone a un individuo o a una organización empresarial reestablece comunicativamente la vigencia de la norma y, en este sentido, no se produce diferencia alguna entre el campo del Derecho penal individual y el del Derecho penal empresarial.⁽¹⁷⁾ Ello, por lo demás, es una consecuencia obligada de conformar un concepto de persona jurídico-penal que abarque tanto a individuos como a organizaciones empresariales.⁽¹⁸⁾ En lo que a la **prestación** concierne, lo que más interesa aquí es cómo se muestra el reforzamiento de la fidelidad al Derecho en el ámbito jurídico-penal empresarial. Y es que, al igual que ocurrió con el individuo, el simbolismo jurídico-penal asociado a la pena impuesta con base en la libertad de autoorganización de la persona, estimula la idea de la autorresponsabilidad de la persona.⁽¹⁹⁾ En el caso del Derecho penal empresarial, dicha idea se plasma en la estimulación y el refuerzo de la autorresponsabilidad empresarial,⁽²⁰⁾ como refuerzo de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho.

2.4 Lo que acaba de exponerse no choca, en absoluto, con la denunciada necesidad de contar con un catálogo amplio de sanciones para empresas en el marco de un Derecho penal empresarial.⁽²¹⁾ Así, **por un lado**, el modelo constructivista indica que no todas esas sanciones deben tener la consideración de penas; así como en el Derecho penal individual existe un sistema de – como mínimo – doble vía, también el Derecho penal empresarial debe distinguir entre tipos de sanciones y establecer un sistema de – como mínimo – doble vía.⁽²²⁾ **Por otro lado**, la concepción constructivista no implica que las penas a las empresas sean idénticas a las penas a los individuos; sólo se pretende señalar que, desde el punto de vista conceptual – es decir, en un plano de reflexión **abstracto** –, son funcionalmente equivalentes. Por ello a la hora de **concretar** qué tipo de penas deben imponerse a las empresas, se debe tener en cuenta la realidad empresarial en el sentido de observar qué necesidades en relación con la punición de empresas presenta la sociedad moderna y cuál es el estatus que, hoy por hoy, ostentan las organizaciones empresariales en la misma.⁽²³⁾

Notas

1. Vid. fundamentalmente Gómez-Jara Díez, **Culpabilidad**, passim; Íd., **Modelo constructivista**, p. 93 ss. con ulteriores referencias. De nuevo debe indicarse que gran parte de las reflexiones que se consignan a continuación son un reflejo de los trabajos anteriores.

2. Vid., por lo que se alcanza a ver, los análisis críticos más elaborados al respecto son Feijoo Sánchez, **Derecho penal**, p. 145 ss.; Nieto Martín, **Responsabilidad**, p. 134 ss., 145 ss. Pastor Muñoz, **InDret** 2/2006, p. 13 ss. Un excelente análisis descriptivo puede encontrarse en Gracia Martín, **Responsabilidad penal**, p. 805 ss. Críticas específicas pueden encontrarse, por ejemplo, en Bajo Fernández, **Responsabilidad**, p. 80; Galán Muñoz, **RDPCr18** (2006), p. 251 s.; Zugaldía Espinar, **Responsabilidad**, p. 151, 158. Quizás uno de las cuestiones que mayor aceptación ha tenido en el debate académico español ha sido adoptar la nomenclatura de la distinción propuesta en Gómez-Jara Díez, **Culpabilidad**, p. 139 ss. entre autorresponsabilidad penal empresarial y heterorresponsabilidad penal empresarial [Bajo Fernández, **Responsabilidad**, p. 76 ss.; Cancio Meliá, **Responsabilidad**, p. 6 ss.;

Galán Muñoz, **RDPCr** 18 (2006), p. 239 ss.; Quintero Olivares, **Responsabilidad**, p. 189 s.].

3. Vid. Gómez-Jara Díez, **RECP** 8/2006, p.1 ss. con ulteriores referencias a la teoría de la organización y la sociología de la organización.

4. Vid. Gómez-Jara Díez, **Culpabilidad**, p. 278 ss. con referencias a posiciones como las de Schünemann, Bottke o Heine que, en cierta medida, comparten el argumento fundamental de libertad de organización a cambio de responsabilidad por las consecuencias.

5. Vid. Gómez-Jara Díez, **Culpabilidad**, p. 228 ss. con referencias a las posiciones coincidentes de autores como Heine (empresas con dominio de organización funcionalmente sistémico), Lampe (empresas como productores sociales de injusto) o Bottke (empresas como organizadores de contactos sociales).

6. Vid. sucintamente Gómez-Jara Díez, **Modelo constructivista**, p. 137 ss.

7. Íd., **Steuerungstheorie**, p. 283 ss., 290 s. Vid. asimismo, Íd., **Managementforschung** 6 (1996), p. 263 ss.; extensamente Íd., **Wissensmanagement**, p. 27 ss. 66 ss. Sobre la distinción entre conocimiento organizativo y conocimiento individual vid. Willke, **Einführung**, p. 55 ss. 59 ss.

8. Para el desarrollo de dichos pilares en el ámbito de la culpabilidad individual vid. Gómez-Jara Díez, **Culpabilidad**, p. 258 ss., 273 ss., 285 ss.

9. Vid. ya, por ejemplo, Beling, **Lehre**, p. 8, quien niega la posibilidad teórica de una responsabilidad penal de la persona jurídica por razones de la **finalidad** de la pena; Finger, **Lehrbuch**, p. 206 señala que la cuestión de si la persona jurídica debe ser hecha penalmente responsable depende de la concepción de la pena que se mantenga. En tiempos recientes vid. igualmente Stratenwerth, **FS-Schmitt**, p. 302 "falta todo sustrato para una pena"; negando rotundamente la posibilidad de una pena a la asociación vid. recientemente v. Freier, **Verbandsstrafe**, principalmente, p. 55 ss., 230 ss.

10. Quizás una de las posiciones más conocidas a este respecto es la de Kohler, J., **Leitfaden**, p. 163 s.; Íd., **GA**1917, p. 503 ss. Este autor entiende que no debe darse un Derecho penal de las personas jurídicas (sí un Derecho penal administrativo) puesto que parte de un concepto de pena justa que se encuentra vinculada al sentimiento de dolor y éste sólo puede darse en la persona física (no obstante, afirma que desde una concepción de la pena como disuasión es perfectamente posible la unión de pena y persona jurídica, dando lugar a un Derecho penal administrativo debido a que la disuasión no es un verdadero fin del Derecho penal sino del Derecho penal administrativo).

11. Esta objeción resulta sumamente antigua; incluso Bartolus de Saxoferrato, firme partidario de la punibilidad de las personas jurídicas, la tenía en consideración [vid. v. Bar, **Gesetz und Schuld**, II, 1917, p. 135 nota 5a]. Por ello no es de extrañar que en tiempos modernos algunos partidarios de la responsabilidad penal empresarial parecen reconocer esta circunstancia e intentan ofrecer justificaciones de por qué pese a todo resulta legítima la imposición de una sanción a la empresa [vid por todos Schünemann, **ADPCP** 2002, p. 232 ss.]. Sin embargo, esta objeción encuentra una firme oposición desde que Hepp, **Rechtswissenschaft**, p. 85 ss. señalara que muchas penas afectan indirectamente a personas inocentes con consecuencias perjudiciales. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que en el ámbito administrativo sancionador se ha visto la justificación de la responsabilidad de las personas jurídicas en la capacidad que tienen de soportar la sanción [vid. por todos Nieto García, **Derecho administrativo sancionador**, p. 323 ss.].

12. Sobre el papel que desempeña el dolor “penal” en la concepción de la pena vid., por un lado, Jakobs, **Staatliche Strafe**, p. 26, 28, 29, vinculándolo a la **finalidad** de la pena y separándolo del **significado**; más detallado en Íd., **LH-Reyes Echandía**, p. 152 ss; cfr. por todo lado, Gómez-Jara, **Rechtstheorie** 36 (2005), p. 332 s. atribuyendo al dolor la categoría de constructo normativo; más desarrollado en Gómez-Jara Díez, **InDret** 2/2008, p. 15 ss.

13. En este punto vuelve a resultar decisiva la concepción autopoiética de la organización empresarial, puesto que, entre otras cuestiones, dicha concepción no obedece a la distinción todo/parte sino a la de sistema entorno, estando situados los individuos en el entorno – y no en el sistema –. Vid. sobre ello, con ulteriores referencias Gómez-Jara Díez, **RECPC** 8 /2006), p. 5 ss.

14. Vid. en detalle Gómez-Jara Díez, **Teoría**, p. 414 ss.

15. Vid., con diferentes matices, entre otros, Ackermann, **Verantwortlichkeit**, p. 296; Bottke, **wistra** 1997, p. 250; Bucy, **Minn.L.Rev.** 75 (1991), p. 1106 ss.; Dannecker, **GA** 2001, p. 104; Heine, **Verantwortlichkeit**, p. 17 s.; v. Hippel, **Deutsches Strafrecht**, p. 126, con nota 4; Müller, **Stellung**, 1985, p. 26; Schünemann, **Plädoyer**, p. 141; Tiedemann, **NJW**1988, p. 1172.

16. En este sentido, Feijoo Sánchez, **Sanciones** (nota 32), p. 82 s. ha opuesto recientemente a determinadas construcciones antiguas en la doctrina española que “es cierto que, como punto de partida general, se puede afirmar la existencia de culpabilidad y, por tanto, la necesidad de imponer una pena cuando lo exige el restablecimiento de la norma. Pero ésta es una argumentación circular que no fundamenta nada si no se añaden posteriores consideraciones que legitimen por qué una determinada persona, un determinado ente o un determinado sistema debe sufrir la imposición de una pena como medio necesario para mantener la confianza general en la vigencia de la norma. (...). La mera referencia a la prevención general positiva no basta para individualizar por qué un determinado subsistema o una determinada persona es la que debe recibir una sanción para que se restablezca el ordenamiento”. En este sentido, para que la imposición de una pena a la empresa adquiera el significado comunicativo de restablecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, resulta fundamental – en el Derecho penal moderno – que los presupuestos para imponer dicha pena conformen un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio.

17. Vid. al respecto Gómez-Jara Díez, **Teoría**, p. 414 ss., 420 ss.; sobre su relevancia en el ámbito del Derecho penal empresarial vid. Íd., **Culpabilidad**, p. 295 ss. Desde esta perspectiva, por tanto, no se pueden compartir las afirmaciones de Cancio Meliá, **Responsabilidad**, p. 11 s., de que la pena a la organización empresarial constituye, *per se*, un debilitamiento de fuerza expresiva de la pena además de un debilitamiento de la prevención general positiva [vid. igualmente Mir Puig, **RECPC** 06 (2004), p. 14; Íd., **LH-Ruiz Antón**, p. 758; Íd., **LH-Rodríguez Mourullo**, p. 682 haciendo referencia a la distinción simbólica y comunicativa que supone la pena y que, en caso de aplicarse a la persona jurídica, se perdería]. Así, por lo que respecta a lo primero, la fuerza expresiva de la pena, por lo menos desde la perspectiva teórico-sistémica aquí adoptada, no se vincula al dolor penal humano entendido en términos psicologicistas, sino que, en lo que al dolor se refiere, como se ha referido anteriormente, éste es entendido como un constructo normativo **sobre** el cual se comunica **normativamente** [vid. con más detalle Gómez-Jara Díez, **Rechtstheorie** 36 (2005), p. 332 ss.]; lo determinante a estos efectos es que el sistema al cual se impone la pena goce, en primer lugar, de una autorreferencialidad suficiente y, en segundo lugar, de la posibilidad de participar en la conformación de la norma. En lo referente a lo segundo, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad depende, claro está, de qué características conformen la identidad de una sociedad en una época determinada; dado

que en la actualidad existen notables indicios de que la sociedad moderna es, en gran medida, una sociedad de organizaciones [vid. Perrow, **Theory and Society** 20 (1991), p. 725 ss.] no parece desacertado considerar que las penas a las organizaciones empresariales confirman igualmente su identidad. Expresado de manera más concisa: las críticas de Cancio Meliá y Mir Puig resultan válidas, en principio, para los modelos de heterorresponsabilidad empresarial, pero no para los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial.

18. Sobre dicho concepto de persona y sus requisitos vid. ampliamente Gómez-Jara Díez, **Culpabilidad penal** (nota 1), p. 219 ss.

19. Vid. ahora sólo Jakobs, **Normativización**, p. 108; Íd., **Norm**, p. 83 ss.

20. Vid. las reflexiones de Bottke, **wistra** 1997, p. 250 s.; Heine, **Verantwortlichkeit**, p. 253 s., 279 s.; Íd., **Plädoyer**, p. 105.

21. Sobre la necesidad de un catálogo amplio vid. Heine, **Verantwortlichkeit**, p. 301 ss.; Íd., **Plädoyer**, p. 98 s., 109; Íd., **Sanctions**, p. 237 ss.

22. En este sentido, resulta idóneo la imposición de penas basadas en la culpabilidad empresarial y medidas de seguridad fundamentadas en la peligrosidad empresarial [vid. Gómez-Jara Díez, **Culpabilidad**, p. 74 s.; en un sentido similar Bottke, **wistra** 1997, p. 249, 252 s.]. Es por ello, que, en el fondo, no tienen por qué resultar irreconciliables las posiciones que abogan por un Derecho penal empresarial de medidas [entre otros Schünemann, **Plädoyer**, p. 133 ss., 168 ss.; Íd., **ADPCP** 2002, p. 29; Schwinge, **Sanktionen**, p. 137 ss.] con aquellas que proponen un verdadero Derecho **penal** empresarial.

23. Ello resulta decisivo en relación con la denominada “pena de muerte” para las empresas: por ejemplo, la disolución o la privación de activos. En este sentido resulta sumamente ilustrativa la situación estadounidense, puesto que conforme a las Directrices la pena de muerte empresarial sólo se podrá imponer a aquellas empresas que tengan una finalidad delictiva o que operen principalmente a través de medios delictivos. Así, resulta un tanto curioso que la regulación española sea más “agresiva” que la estadounidense toda vez que en las Consecuencias Accesorias del Código penal – Art. 129 b) – permiten la disolución de la sociedad, cuestión vedada en el ordenamiento estadounidense a aquellas organizaciones empresariales que no hayan sido constituidas por motivos delictivos o que no operen fundamentalmente sobre la base de medios delictivos. Probablemente la causa de ello sea la mayor relevancia de la libertad empresarial en los EE.UU. que conlleva un estatus mayor de las organizaciones empresariales de aquel país.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un resumen.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/carlos_diez.html >

Acesso em: 03 dez. 2010.